den Charakter einer Gewohnheit und folglich eines Rechtes angenommen hatte, glaubten die Römer ein solches auch unbedenklich statuiren zu dürfen. Is, qui judex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet. l. 1. C. de servitut. Und hieraus wird dann auch erklärlich, warum sie einen Titel weder zu fordern Ursache hatten, noch fordern konnten, und warum der bona fides in den Quellen keine Erwähnung geschehen ist, obwohl bewiesene mala fides die Ersitzung wahrscheinlich vernichtete.

Ueber beide Punkte habe ich hier noch Einiges zu sagen.

(Schluß im nächsten Heft.)

VII.

Zur Lehre vom Besitzerwerbe der Kinder nach römischem Rechte.

Von

Herrn **Dr. August Denzinger,**
Privatdocenten in Würzburg.

Die neue Bearbeitung einer Lehre, deren Literatur schon seit mehreren Decennien so ausgezeichnete Namen aufzuweisen hat, wie die vom Besitzerwerbe der Kinder, ist ein Unternehmen, welches von mancher Seite ungünstige Vorurtheile zu befürchten hat.

Indessen gibt es hier Gründe, welche einen solchen Versuch entschuldigen werden.

Ein Mal möchte ein Punkt, welcher nicht nur an sich, sondern auch für die ganze Lehre höchst wichtig ist, obwohl er bis jetzt, meines Wissens, noch nicht Gegenstand des Streites war, gerade am ersten manche erhebliche Anstände erregen, nämlich die Ansicht, daß das römische Recht der klassi-

schen Zeit beim Besitzerwerbe der Kinder durch den Vormund, wenn dieser als Stellvertreter auftrat, von der Regel, daß der Repräsentirte beim Besitzerwerb den animus possidendi haben müsse, Umgang genommen habe.

Dann sind diejenigen Fragen, welche als das eigentliche jus controversum in dieser Lehre gelten, obwohl für die Entscheidung nahe, doch noch nicht entschieden.

Bei der Frage, in wiefern mit Hilfe der auctoritas tutoris die Kinder Besitz erwerben können, hat die im Rheinischen Museum Bd. V. (1833.) Nr. 1. enthaltene Abhandlung des unvergeßlichen Puchta, weit entfernt, daß sie die Sache spruchreif gemacht hätte, vielmehr der wissenschaftlichen Forschung die Aussicht auf neue, bisher weniger berücksichtigte Gegenstände eröffnet, nämlich auf die Form und die Voraussetzungen der auctoritatis interpositio beim Besitzerwerbe und auf den Grad der Willensfähigkeit, welcher auf Seite des Pupillen dabei erheischt wird.

Außer dieser hat eine andere Streitfrage seit den Zeiten der Glossatoren die Gelehrten beschäftigt, nämlich die über die Interpretation der c. 3. C. de adq. retin. possess. Während hier die Ansicht, nach welcher diese Konstitution nur eine besondere Anwendung des Besitzerwerbers tutore auctore enthält, bis in die neueste Zeit namhafte Vertreter gefunden hat, erhielt die entgegengesetzte Richtung, welche mit verschiedenen Modifikationen im Allgemeinen einen exceptionellen Besitzerwerb des Kindes ohne fremde Hilfe anerkennt, durch Puchta eine bedeutende Förderung. Die Einwendungen Puchta's sind aber nicht ohne Erwiederung geblieben, wie aus v. Vangerow's Leitfaden Bd. I. S. 283 zu ersehen, und so ist es also klar, daß der Streit noch nicht zu Ende ist.

Die Lehre vom Besitzerwerbe der Kinder befindet sich demnach gerade in dem Stadium, in welchem es am meisten fruchtbringend ist, die Ergebnisse der bisherigen Untersuchung zusammen zu fassen und wo möglich weiter zu fördern. Ich beginne mit einigen allgemeinen Vorbemerkungen.

I. Allgemeine Vorbemerkungen.

Der Mensch ermangelt in den ersten Jahren seines Lebens eines durch die Vernunft geleiteten Willens. In Bezug auf die Handlungsfähigkeit kann man dieses erste Lebensalter, die Kindheit, als das Alter völliger Willenslosigkeit bezeichnen [1]); das Kind spricht und ist sonst vielfach thätig; allein man kann nicht sagen, daß seine Worte das Bild seiner Gedanken seien, daß seine Thaten aus seinem Willen und seiner Vernunft hervorgehen. Namentlich fehlt jede Sicherheit einer bewußten Thätigkeit des Kindes, wenn es auf die Verrichtung vorher bestimmter Handlungen oder auf das Aussprechen bestimmter Worte ankömmt, wie dieß doch bei Rechtsgeschäften allgemein der Fall ist.

Das römische Recht hat, um jede Unbestimmtheit in einem so mächtigen Punkte, wie die Bestimmung der Lebensalter, zu vermeiden, bestimmte Grenzen hier angeordnet, und als solche der Kindheit den Zeitraum von der Geburt bis zum vollendeten siebenten Jahr angewiesen. Daß dieser ganze Zeitraum, entsprechend dem Wesen des Kindesalters, als ein Zeitraum der Willenslosigkeit betrachtet wurde, darauf weist hin der Ausdruck infans, der gerade die Unfähigkeit zum bewußten Ausdruck verständiger Gedanken bezeichnet [2]), es spricht ferner dafür der Umstand, daß die Römer so oft es auf eine aus eigener Spontaneität hervorgehende Vornahme einer Handlung ankömmt, die Kinder unter sieben Jahren, (von einigen seltenen Außnahmen abgesehen), ausschließen.

fr. 1. §. 13. D. O. & A, XLIV. 7.
fr. 1. §. B. D. adm. tut. XXVI. 7.
v. Savigny, System §. 107 B. III. S. 30 Note e.
Puchta, Pandecten §. 50. Note e.

Da nun der Erwerb des Besitzes 1) eine Handlung, durch welche man die Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar einzuwirken und jede fremde Wirkung auszuschließen,

1) Puchta, Pandecten §. 50.
2) Savigny, System §. 107, Band III. S. 30 Note e.

und 2) den Willen eine bestimmte rechtliche Herrschaft über die Sache auszuüben (animus possidendi), voraussetzt, so ist es klar, daß Kinder unter sieben Jahren nach strenger Konsequenz nicht Besitz erwerben können; denn ist auch die Grenze des vollendeten siebenden Jahres eine nur approximative, positiv bestimmte, so ist sie doch die thatsächlichen nicht minder, als die rechtlichen Verhältnisse zu normiren bestimmt.

Ein Besitzerwerb von Kindern kann also nur durch besondere Ausnahmsbestimmungen begründet sein. Als solche werden die Grundsätze über den Erwerb durch Stellvertreter, jene über die auctoritas tutoris und die c. 3 C. agn. rust. poss. gewöhnlich angeführt.

II. Vom Besitzerwerbe der Kinder durch Stellvertreter.

Das römische Recht ließ bekanntlich eine Stellvertretung beim Erwerbe des Besitzes nur hinsichtlich der Apprehension zu, den animus possidendi mußte der Erwerber des Besitzes immer haben, sowohl, wenn er die Apprehension durch einen Repräsentanten, als wenn er sie selbst vornahm, und es konnte nicht Jemand diesen Willensakt statt eines Anderen übernehmen.

Animo nostro, corpore etiam alieno possidemus. Fr. 3. §. 12. D. agn. am. poss., Pauli S. R. V. 2. 1.
fr. 34. §. 1. 42. §. 1. D. agn. am. poss. XLI. 2.
fr. 24. D. negot. gest. III. S.
c. 1. C. agn. retin. poss. VII. 32.

Nach der strengen Konsequenz aus diesem Grundsatze, kann, wenn nicht besondere Ausnahmen positiv begründet werden, die Stellvertretung Kindern unter sieben Jahren zum Besitze nicht verhelfen; denn nach dem juristischen Begriffe des Kindesalters kann nicht einmal der Wille, die Sache zu haben, geschweige dann der Wille, sie zu behalten und Rechte daran auszuüben, bei denen, welche auf dieser Lebensstufe sich befinden, angenommen werden.

Es wird aber meines Wissens allgemein [3]) angenommen, daß wenigstens im späteren römischen Rechte der klassischen Zeit dem Tutor gestattet worden sei, durch seine eigene Handlungen jedem Pupillen ohne Ausnahme Besitz zu erwerben, so daß für diesen Fall über den beim Besitzer mangelnden animus possidendi hinweggesehen worden wäre. Es wäre sicher eine verwegene Anmaßung, einer von so vielen ausgezeichneten Männern angenommenen oder doch wenigstens nicht in Frage gestellten Ansicht ohne triftige Gründe zu widersprechen; allein, wenn es wahr ist, daß eine Ausnahme von einem positiv geltenden Grundsatze nicht eher anerkannt werden darf, als bis ihre positive Einführung hinreichend nachgewiesen ist, so kann man nicht anders, als die hinreichende Begründung jener Ansicht in Zweifel ziehen.

Allerdings ist unter den Stellen, welche hier angeführt werden, das Fr. 13. §. 1. D. de adq. ser. dom. XLI. 1. geeignet, den Interpreten, und zwar den mit dem Sprachgebrauche der Römer vertrauten am leichtesten, für jene Ansicht zu gewinnen.

> Neratius (libro VI. regularum). — Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas, acquiritur, etiam ignoranti. §. 1. Et tutor pupilli, pupillae, similiter ut procurator, emendo nomine pupilli pupillae, proprietatem illis adquirit, etiam ignorantibus.

Wer wohl weiß, daß unter possessio ignorantis in den meisten Fällen ein Besitz ohne animus possidendi verstanden wird, der wird leicht geneigt sein, in dieser Stelle die Gestattung eines solchen Besitzes bei dem durch seinen Vormund apprehendirenden Pupillen zu finden. Der Ausdruck possessio, acquisitio ignorantis hat aber bekanntlich noch eine andere Bedeutung; ignorans wird auch derjenige genannt, wel-

---

3) Man vergleiche Donellus comment. lib. V. c. 41. §. 5. Savigny Besitz §. 26. Mühlenbruch Lehrbuch §. 235. Note 14. v. Wening Lehrbuch I. 175. Puchta Pandekten §. 130. Kierulff Theorie cap. V. §. 14. III.

cher den Besitz einer Sache erwerben will, und einem Andern den Auftrag dazu gegeben hat, aber nur von der Erfüllung dieses Auftrages, das heißt von der wirklichen Apprehension noch nicht unterrichtet ist, also in einer Unwissenheit sich befindet, welche zwar die Usucapion unmöglich macht, nicht aber den Besitz überhaupt [4]). Die erst erwähnte Bedeutung ist wohl die häufigere, wenn vom Besitz die Rede ist, weil hier die Frage vom animus possidendi so wichtig ist, daß man bei einer elliptischen Ausdrucksweise zunächst an diese denken muß; dies hört aber auf, und es erlangt die andere Bedeutung einen mindestens gleichen Anspruch auf Geltung, wenn es sich um andere Rechtsverhältnisse, z. B. wie in unserer Stelle um das Eigenthum handelt. Ja, man kann sogar behaupten, daß nach dem Wortlaut unserer Stelle unter der ignorantia der Pupillen nichts Anderes gemeint sein könne, als diese mangelnde Kunde von der geschehenen Apprehension, welche mit dem Dasein eines animus possidendi sich wohl verträgt; denn wenn gesagt wird, daß der Vormund den Pupillen etiam ignorantibus proprietatem acquirit, so wird unmittelbar vorher mit demselben kritischen Ausdruck von einem Besitzerwerb des procurator für seinen in der Unkenntniß befindlichen Principal gesprochen. Noch mehr! es wird selbst zum Ueberflusse ausdrücklich bemerkt, daß der Vormund nur in demselben Verhältniß, wie der Prokurator sich befinde (similiter ut procurator). Neratius gewährt also dem Pupillen nichts Anderes, als was einem Jeden, der durch Stellvertreter Besitz erwerben will, nach den gewöhnlichen Rechtsgrundsätzen zugestanden werden kann, nämlich daß er, ohne von dem wirklichen Vollzug der Besitzergreifung Kenntniß zu haben, Besitz erwerbe; vom animus possidendi wird dabei nicht gesprochen.

Außer dem fr. 13. §. 1. de adq. rer. dom. werden für die herrschende Theorie vom Besitzerwerbe der Kinder

---

4) fr. 13. §. 3. fr. 47. D. usucap. XLI. 3. Savigny, Besitz §. 26.

noch fr. 1. §. 20. de adq. poss., fr. 11. §. 6. D. pign. act. XIII. 7. citirt; allein es wird in diesen Stellen nur allgemein gesagt, daß man durch Vormünder und Kuratoren Besitz erwerben könne; daß dies auch dann der Fall sei, wenn der Pupill unfähig ist, die gewöhnlichen Vorbedingungen des Erwerbes durch Stellvertreter zu erfüllen, ist nicht ausgesprochen.

Sonst finde ich bei den Vertheidigern der Ansicht in Frage keine Stelle, die nur in der Absicht, ihre Behauptung zu rechtfertigen, beigezogen sein könnte; nur das von Mühlenbruch, Lehrb. §. 235. Note 14., und v. Wening, Lehrb. Buch I. §. 175. angeführte fr. I. §. 5. D. acq. poss. steht zu dem Streitpunkt in Beziehung; aber es ist dies eine Waffe, die man gegen die, welche sie gebrauchen, umkehren kann; denn die Art und Weise, wie in dieser Stelle vom Besitzerwerb des infans durch das peculium eines Sklaven gesprochen wird, begründet eine große Wahrscheinlichkeit dafür, daß außer diesem Fall ein Besitzerwerb des Kindes durch Stellvertreter nicht vorkomme[5]); bekanntlich ward im Fall eines Erwerbes ex causa peculiari auch bei willensfähigen Personen vom animus possidendi Umgang genommen.

Wie könnte auch, wenn willenlose Kinder durch den Vormund als Stellvertreter, oder gar durch jeden Repräsentanten erwerben könnten, im §. 3. desselben Fragments gesagt werden, daß

> Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere; — — Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auc-

5) Adquirimus possessionem per servum, aut filium, qui in potestate est et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, sicut Sabino et Cassio et Juliano placuit — — — Igitur ex causa peculiari et infans et furiosus acquirunt possessionem, et usucapiunt, et heres, si hereditarius servus emat. Man kann höchstens darüber zweifeln, ob der Jurist den Fall eines Erwerbes des Kindes durch den Vormund als einen zweiten Ausnahmsfall nicht im Sinne behalten habe.

toritate possidere incipere posse pupillum aiunt — —
quae sententia recipi potest, si ejus aetatis sint, ut
intellectum capiant,

und warum begnügt sich Paulus im fr. 32. D. eod., nachdem er den Satz ausgesprochen, daß der Infans giltig besitzen könne, wenn er mit der auctoritas tutoris den Besitz erlangt hat, warum begnügt er sich, den Pupillen, der die Kindheit überschritten hat, und das durch einen Sklaven peculium erwerbende Kind hiervon auszunehmen?

Pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest: item infans peculiari nomine
per servum possidere potest [6]).

Der Besitzerwerb der Kinder durch Stellvertreter widerstreitet also allgemeinen Grundsätzen, eine exceptionelle Zulassung desselben ist nicht nachgewiesen, im Gegentheile sind nicht unerhebliche Anzeigen seiner Nichtexistenz in den Quellen vorhanden. Freilich ist der Mangel einer solchen Anstalt bei denjenigen, die ihrer am meisten bedürften, in praktischer Beziehung im höchsten Grade mißlich, und ohne Zweifel ist die scheinbare praktische Unentbehrlichkeit der Stellvertretung bei Kindern der wahre Grund, welcher unbewußt die Juristen dazu gebracht hat, etwas minder genau in der Prüfung der Beweise für ihre Behauptungen hier zu verfahren [7]). Allein dieselbe Bedenklichkeit wiederholt sich bei Rasenden und Wahnsinnigen, bei welchen doch in der Regel ein Besitz ohne animus possidendi nicht anerkannt wird. Dann ist die Gefahr der Besitzlosigkeit doch etwas dadurch gemildert, daß man die Sachen der Kinder für sie aufhebt und fremde Einwir-

---

6) Näheres über diese Stelle nachher; — mit den angegebenen Worten schließt zwar das Fragment; allein die Konstruktion müßte allzu schleppend werden, wenn man annehmen wollte, daß Paulus noch eine weitere Ausnahme in Bezug auf den Erwerb durch einen Vormund beigefügt habe.

7) Ziemlich unumwunden läßt dies Mühlenbruch wahrnehmen Lehrbuch §. 235. Note 14. („sie sind des Besitzwillens unfähig; sie können also nur durch Stellvertreter Besitz erwerben").

kungen davon abhält, was geschehen kann, ohne daß sie selbst besitzen. Endlich hat das klassische, römische Recht allerdings eine Abhilfe gegen diese Einschränkung der Besitzfähigkeit der Kinder getroffen, nämlich durch eine besondere Anwendung des Beistandes der Vormünder, von welcher sogleich ausführlicher die Rede sein wird.

Ob nicht nach unserem heutigen Recht, und insbesondere nach unserer heutigen Praxis, die Erleichterung, welche die Römer dem Besitze der Kinder nicht gewährten, ihm nachträglich zu Theil geworden, ist eine Frage, die außerhalb der Grenzen dieser Abhandlung liegt.

III. Vom Besitzerwerb der Kinder mit Hilfe der auctoritas des Vormundes.

Bei der Ausschließung der Kinder vom Besitzerwerbe, selbst von dem durch Stellvertreter, mußte es dringend nothwendig erscheinen, ein künstliches Ersatzmittel für diesen Mangel zu finden.

Ein solches bot den Römern die auctoritas tutoris, das Vollwort des Vormundes, dar; eine Anstalt, welche ihrem Wesen nach bestimmt war, Mängel der Handlungsfähigkeit zu ergänzen[8].

Diesee ergänzende Wirksamkeit der auctoritas bezog sich ursprünglich nur auf juristische Mängel. Die Pupillen waren nämlich, ganz abgesehen von ihrer natürlichen Geistesentwickelung, in Folge ihrer Unterwerfung unter die Tutel zu gewissen Handlungen unfähig[9]. Auch waren sie als Unmündige unfähig, Geschäfte mit solemner, civilrechtlicher Form und gerichtliche Handlungen vorzunehmen[10], und solche Einschränkungen, welche nur in Folge positiver

---

8) Hierüber v. Löhr, über die römischen Begriffe von Tutel und Kuratel, in seinem und Grolman's Magazin Bd. III. Abhandl. I. S. 25. Note 1., S. 36. Note 5., S. 56. Note 2.

9) v. Löhr, l. c. S. 24. Puchta, Pandekten §. 332.

10) Puchta, Pandekten §. 50.

Rechtsbestimmungen bestanden, aufzuheben, scheint zu den ursprünglichen Aufgaben der auctoritas gehört zu haben.

Sowie aber zur Zeit der klassischen Juristen die Vormundschaft immer mehr die Eigenschaft einer Anstalt zum Schutze des jugendlichen Alters gegen die nachtheiligen Folgen seiner Einsichtslosigkeit annahm, so wurde auch die auctoritas allmählig als Abhilfe für natürliche Mängel der Pupillen angewendet. Es wurde nämlich gestattet, daß der Pupill gewisse Handlungen, welche er wegen mangelnder Geschäftseinsicht nicht zu Stande gebracht hätte, mit Hilfe der auctoritas tutoris vornehmen sollte [11].

Allein mehr als die Unvollkommenheiten der Geschäftseinsicht, als Mängel im Verständnisse des rechtlichen Zweckes bei Rechtsgeschäften und der Unerlaubtheit bei Delikten konnte durch auctoritatis interpositio nicht supplirt werden. Die Willensfähigkeit wurde beim Pupillen in der Regel vorausgesetzt, und darum war die auctoritas bei Kindern unter sieben Jahren im Allgemeinen ausgeschlossen.

Gajus III. §. 109.,
fr. 1. §. 2., fr. 2 pr., fr. 28 pr. D. adm. et peric. tut. XXVI. 7.,
fr. 7. D. quando ex facto tut. XXVI. 9.,
fr. 37. §. 1. D. ad S. C. Trebell. XXXVI., 1.,
fr. 1. fr. 11. fr. 24. fr. 30. §. 1—4. D. fideic. libert. XL. 5.
c. 18. C. de jure deliberandi. VI. 30.
c. 7. C. ad S. C. Trebell. VI. 49.

Sollte also die auctoritas tutoris den Kindern einen Erwerb des Besitzes möglich machen, so mußte vor Allem

11) Diese Erweiterung der Wirksamkeit der auctoritas wurde wohl ursprünglich als eine der strengen Konsequenz nicht entsprechende, aus Nützlichkeitsrücksichten eingeführte Bestimmung betrachtet,
§. 0. 10. J. inut. stip. III. 19. fr. 9. D. adq. am. heredit. XXIX. 1.,
sie war aber gewiß hinsichtlich der Mängel der Geschäftseinsicht zur Zeit der klassischen Juristen zu einer allgemein giltigen Rechtsnorm geworden.

eine singuläre Rechtsnorm diese ausgedehntere Anwendung bewirken. Eine solche Norm nun gibt uns das viel bestrittene fr. 32. §. 2. D. de adq. am. possess.

Diese Stelle, welche nach der Florentina und den übrigen bis auf unsere Zeit benützten und heutzutage noch bekannten Hilfsmitteln aus des Paulus lib. 15. ad Sabinum, nach Handschriften, auf welche Alciat ohne nähere Angabe sich beruft [12]), aus dem lib. 11. responsorum des Papinian genommen ist, lautet:

> Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit, nam judicium infantis suppletur auctoritate tutoris: utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus consensus est infantis accipienti possessionem.

Bei den Worten consensus est infantis accipienti lesen einige Handschriften „sensus" statt „consensus", einige „accipiendi" statt „accipienti", einige „infanti" statt „infantis" (minder erheblicher Varianten nicht zu gedenken) [13]). Die von Savigny angenommene Lesart „consensus infantis accipienti" ist diejenige, von welcher am ersten vermuthet werden kann, daß sie von den Abschreibern und Kritikern nicht begriffen und darum willkürlich abgeändert worden sei. Na-

---

12) Comment. tom. III. p. I. in l. 13. adipiscimur D. adqu. amm. possess. Er sagt: Adscribitur enim aliquibus in codicibus ea 13) non Paulo, — und in der Randnote 13. wird ergänzt zum Worte „ea": — lex Papiniano lib. Resp. 11. — Ueber Alciat's Neuerungen hinsichtlich der Verweisung der Citate in die Randnoten s. Hugo's Literärgeschichte.

13) Man kann die von Savigny l. c. in dieser Beziehung gegebenen Notizen in folgende Uebersicht zusammenstellen: 1) consensus infantis accipienti liest cod. Rhediger, und cod. monac. 21; 2) nullus sensus infantis accipiendi, Lesart der Florentina, der edd. Romana 1476, Nr. 1483, Lugd. 1513, Lugd. 1510, Hal , Paris 1514, 1536; 3) consensus infantis accipiendi, Cod. Paris. 4456, 4485, Cod. Lovan. („acquirendi"), edit. Veneta 1494, editio Fortis 1499, 1502; 4) consensus infanti accipiendi, Paris 4486, 4486a, fonds de notre dame, ed. Veneta 1491, edit. Lugd. 1508, 1509; 5) consensus infanti accipienti, 4479, Venet. 1485.

mentlich können sehr wohl aus dieser Lesart, nicht aber aus jener der Florentina die Lesarten consensus infantis accipiendi, und consensus infanti accipienti, von welchen die letztere schon ihrem Sinne nach nur aus einem unverständigen Emendationsversuch entstanden sein kann, hergeleitet werden. Auch gewinnt nach der hier gewählten Lesart die Stelle an Bestimmtheit und Konsequenz, wie sogleich gezeigt werden wird; darum wurde sie hier befolgt, obwohl ihr sonst in neuerer Zeit die Lesart der Florentina vorgezogen wird [14].

Ich werde nun zuerst meine Erklärung dieser Stelle vorbringen, hierauf die Sätze, welche sich aus der Stelle selbst ableiten lassen, zusammenstellen, dann einige Punkte, hinsichtlich welcher die Stelle uns in Ungewißheit läßt, aus der Natur der auctoritas entwickeln, und mit einer Vergleichung der Ansichten Anderer schließen.

Zum richtigen Verständniß der Stelle muß wohl beachtet werden, daß in den beiden, den eben angeführten Worten vorhergehenden Paragraphen des fr. 32. vom Besitze durch Stellvertreter gesprochen wird; diese Lehre ist es also allem Anscheine nach, welche den Juristen darauf führt, vom Besitzerwerbe der Kinder, bei welchen ja

14) Puchta im rheinischen Museum Bd. III. Abh. 3. S. 42. und Vangerow, Leitfaden §. 204. Anm. ziehen diese Lesart jener der Florentina vor, 1) weil die Savigny'sche Lesart keinen annehmbaren Sinn gibt, 2) wegen der Willkür der ihr zu Grunde liegenden Emendation, 3) wegen der Autorität der Florentina. Die in neuerer Zeit so sehr verminderte Autorität der Florentina kann wohl nicht einen Grund, welcher hier selbstständig entscheiden könnte, abgeben. Was die Willkür der Emendation betrifft, so hat Savigny nicht einmal in das Gebiet der Konjekturalkritik sich gewagt, und beruft sich auf Manuskripte und alte Drucke, welche seine Lesart zwar selten ganz, aber doch ihren einzelnen Theilen nach enthalten. Es bliebe also nur der Umstand, daß die Lesart keinen annehmbaren Sinn geben solle, der allem Anscheine nach die genannten Gelehrten hier hauptsächlich zu ihrer Ansicht bewog; ich glaube aber beweisen zu können, daß gerade diese Lesart den annehmbarsten Sinn gibt, ohne übrigens deßhalb zu läugnen, daß die von Puchta und Vangerow vorgezogene sich mit der Erklärung der Stelle, welche ich versuchen werde, vereinigen lasse.

die Stellvertretung besonderen Schwierigkeiten unterworfen war, zu sprechen.

Dies geschieht so, daß zuerst der Rechtssatz, daß der Besitzerwerb der Kinder giltig sein könne, wenn sie tutore auctore begonnen haben, ausgesprochen wird (infans recte possidere potest, si tutore auctore coepit).

Hierauf wird der Grund angegeben, warum beim Besitzerwerbe der Kinder eine auctoritas tutoris nothwendig sei. Dieser Grund besteht darin, daß die auctoritas dazu dienen muß, die Urtheilskraft der Kinder zu ergänzen (judicium infantis suppletur auctoritate tutoris).

Allein diese Ergänzung des Verstandes eines Kindes durch die auctoritas läßt sich nicht aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ableiten, sondern ist erst durch die Praxis aus Zweckmäßigkeitsrücksichten eingeführt worden; dies wird in den folgenden Worten hervorgehoben: utilitatis enim causa hoc (d. h. das zunächst vorhergehende judicium infantis suppleri auctoritate tutoris) receptum est.

Es ist nun natürlich, das Bedürfniß, welches diese Praxis hervorgerufen hat, anzugeben. Dies geschieht in demjenigen Theil der Stelle, welcher nach der oben gewählten Lesart lautet: nam alioquin nullus consensus est infantis accipienti possessionem. Hält man sich an diese Lesart, so ist der Gedankengang des Juristen am konsequentesten und stätigsten; er weist nämlich darauf hin, daß, abgesehen von dieser auctoritas interpositio, es allgemein beim Kinde an dem zum Besitzerwerb durch einen Stellvertreter erforderlichen animus possidendi fehlt. „Die auctoritatis interpositio „ersetzt die Urtheilskraft des Kindes; im Uebrigen aber fehlt „es an einem Konsens zur Handlung desjenigen, der die „Apprehension vornimmt; d. h. es fehlt an dem, nach Art „eines Konsenses die Handlung des Stellvertreters bestätigenden animus possidendi.“ Mit Einem Worte: die Einführung des Besitzerwerbes der Kinder tutore auctore hat ihren Grund darin, daß die Kinder, weil sie den animus possideudi in sich zu erwecken nicht vermögen, selbst durch

Stellvertreter nicht zum Besitze gelangen können, wenn nicht eine solche künstliche Hilfe das Hinderniß aufhebt[15].

Fassen wir nun das gesammte praktische Resultat der Stelle zusammen, so besteht dasselbe darin, daß der mangelnde Besitzwille der Kinder durch die auctoritas des Vormundes ergänzt und ersetzt wird, und daß sie daher giltig besitzen können, wenn sie mit dieser Hilfe den Besitz erwerben. Dies ist so allgemein ausgesprochen, daß man es auf alle Fälle beziehen kann, bei welchen ein Bedürfniß nach einer Ergänzung des Besitzwillens eines Kindes besteht, also ebensowohl auf den Fall, wenn ein Kind den Besitz einer Sache selbst apprehendirt, als auf den, wenn dies durch einen Stellvertreter geschieht. In Bezug auf

---

15) Uebrigens begründet die Lesart der Florentina keinen Unterschied in der Hauptsache, wenn man nämlich an die von Puchta im rhein. Museum S. 39 ff. gegebene Erklärung sich haltend, die Worte utilitatis causa hoc receptum est, nam alioquin so übersetzt: „Es ist „dies utilitatis causa angenommen worden; denn sonst freilich, d. h. ab„gesehen von diesem utilitatis causa receptum, hat der infans keinen „animus possessionem accipiendi." — Gleichfalls eine andere Erklärung befolgte früher Savigny, Besitz §. 21, nämlich die Worte nam alioquin etc. sollten bedeuten, daß man die auctoritas des Vormundes, ungeachtet des mangelnden consensus infantis zugelassen habe, weil ja auch in dem anderen Falle, wenn der Tutor allein den Besitz für das Kind erwarb, von diesem Konsens abgesehen würde. Ueber die verschiedenen Bedenken, welche gegen diese Erklärung erhoben werden können s. Puchta a. a. O. S. 39 ff. Savigny hat aber in seinem System seine Ansicht selbst modificirt. Hier nimmt er nämlich nicht mehr an, daß der Besitzerwerb des Kindes tutore auctore nach dem Muster des Erwerbes durch Stellvertreter, sondern im Gegentheile, daß er zur Abhilfe gegen die Hindernisse, welche diesem Erwerbe ursprünglich entgegenstanden, eingeführt worden sei. Wie sehr diese Erklärung der von mir versuchten ähnlich ist, läßt sich nicht verkennen; sie unterscheidet sich von dieser nur dadurch, daß Savigny das Bedürfniß nach einer Unterstützung des Institutes der Stellvertretung durch die tutoris auctoritas nur für das ältere Recht annimmt, und im spätern Rechte eine durchgreifendere Abhilfe durch allgemeine Gestattung des Besitzerwerbes des infans mittelst der Stellverrtetung von Seite des Vormundes annimmt.

den letztgenannten Fall haben wir aber noch eine besondere Bestätigung darin, daß gerade durch diesen Fall Paulus veranlaßt worden ist, von dem Besitzerwerbe tutore auctore zu sprechen, wie dies aus dem Zusammenhange der Stelle nnd insbesondere aus den Worten: nam alioquin nullus consensus est infantis accipienti possessionem hervorgeht. —

Mehr als das Gesagte läßt sich wohl nicht aus der Stelle selbst entnehmen; es müssen also diejenigen Fragen, über welche sie keine Auskunft gibt, aus allgemeinen Grundsätzen entschieden werden.

Diese Fragen sind:

1) In welcher Form die auctoritatis interpositio hier vor sich gehen müsse?
2) In welcher Weise eine Stellvertretung des Kindes mit der auctoritatis interpositio sich verbinden könne?
3) Ob eine vom Kinde persönlich vorgenommene Apprehension ihm auch dann Besitz verschaffen könne, wenn es willenlos ist?

Ueber die Art und Weise, wie die auctoritatis interpositio bei den Römern vorgenommen wurde, fehlt es uns überhaupt sehr an bestimmten Nachrichten. Wir wissen zwar, daß der Vormund bei der Handlung, welche er zu bekräftigen hatte, gegenwärtig sein,

fr. 1. §. 2. fr. 9. §. 5. fr. 20. D. de auctor. tutor. XXVI. 7.,

daß er vom ganzen Vorgange Kenntniß und volle Einsicht haben,

fr. 14. D. eod.,

daß er, so oft dazu Anlaß gegeben wurde, durch Belehrung, Anweisung des Pfleglings für richtige und giltige Vornahme der Handlung zu sorgen,

fr. 25. D. de manum. XL. 2.,

daß er endlich eine gewisse unbedingte Erklärung abzugeben hatte,

fr. 8. D. eodem;

allein über den Inhalt dieser Erklärung und die Formel, an welche sie etwa gebunden gewesen, fehlt es uns an bestimmten Nachrichten.

Meines Wissens besitzen wir hierüber nur eine Auskunft gebende Stelle, nämlich: fr. 3. D. h. t., wo Paulus sagt:

> Etiamsi non interrogatus tutor auctor fiat, valet auctoritas ejus, quum se probare dicit id, quod agitur; hoc est enim auctorem fieri.

Diese Stelle kann zwei verschiedene Bedeutungen haben. Sie kann weiter Nichts sagen wollen, als daß es eine auctoritas interpositio sei, wenn man erkläre, daß man die Handlung des Pupillen approbire, so daß außer dieser Form noch immer andere vorkommen können, oder den Sinn, daß diese Genehmigungserklärung gerade das sei, was man auctoritatis interpositio heiße, und daß sie also als die einzige bestehende Form dieser angesehen werden müsse. Von diesen beiden Erklärungen ist die erste, minder ausschließende vorzuziehen; denn soll die Form dem Wesen des Geschäfts entsprechen, so wird zwar in vielen Fällen eine bloße Genehmigungserklärung zur auctoritatis interpositio genügen, in manchen anderen dagegen zur konkreten Bedeutung dieses Aktes wenig passen. So ist es nicht wohl anzunehmen, daß der Vormund bei Acquisitivhandlungen des Pupillen, und insbesondere beim Besitzerwerbe nur seine Genehmigung, seine Zustimmung, etwa mit den Worten: probo id, quod actum est erklärt habe. Es mußte wohl schon die Natur der Sache ihn hier dazu bringen, nach einer passenderen Manifestation des vorzunehmenden Geschäftes sich umzusehen; keine aber war hier so natürlich, als die einfache Erklärung, daß er als auctor dem Pupillen beistehen wolle (auctor fio, auctoritatem interpono). Diese Form, welche im römischen Recht auch bei sonstigen verwandten Fällen bekannt war, paßte vollkommen zu jedem Akt der auctoritatis interpositio und ist allem Anscheine nach auch diejenige, nach welcher auctoritas interponirt wurde, wenn einem Kinde Besitz er-

worben werden sollte; denn beim Mangel näherer, specieller Nachrichten müssen wir uns bezüglich dieses Falles an allgemein geltende Grundsätze halten.

Die zweite Frage, über welche uns das fr. 32. cit. in Ungewißheit läßt, ist die von der Zulässigkeit einer Verbindung der auctoritatis interpositio mit einer Stellvertretung des Pupillen.

Es würde höchst irrig sein, anzunehmen, daß die Vornahme des zu Stande zu bringenden Geschäfts nach Art einer Stellvertretung im Begriffe der auctoritatis interpositio enthalten gewesen sei, zu den diesen Akt selbst bildenden Funktionen gehört habe; denn, daß dem nicht so sei, zeigt die Bestimmtheit, mit welcher in verschiedenen Stellen die auctoritatis interpositio von der persönlichen Vornahme der Handlung durch den Vormund unterscheiden wird.

fr. 37. §. 1. fr. 38. fr. 65. §. 1. D. ad S. C. Trebell. XXXVI., 1.,

fr. 19. D. auct. et cons. XXVI. 8., arg. fr. 13. D. eodem.

Allein eine ganz andere Frage ist es, ob nicht die auctoritatis interpositio zu einer Stellvertretung des Pupillen hinzutreten, sie unterstützen konnte, sei es, daß eine dritte Person das Geschäft im Namen des Pupillen vornahm, oder der Vormund selbst als Stellvertreter handelte.

Im Allgemeinen war freilich eine solche Kombination entweder rechtlich unmöglich, oder nutzlos; denn entweder war die Vornahme einer Handlung durch Stellvertreter nicht zulässig [16]), oder, wenn sie zulässig war, genügte sie an und

16) Bekanntlich bestand im römischen Rechte ursprünglich der Grundsatz, daß eine Stellvertretung nur durch die von unserer juristischen Gewalt abhängigen Menschen, und auch durch diese nur zum Erwerb, nicht auch zur Verminderung des Vermögens vorgenommen werden konnte. Erst unter Alexander Severus wurde der Erwerb des Besitzes und der Rechte, welche vom Erwerb des Besitzes abhängig sind (nach Andern die Vornahme aller Naturalhandlungen), durch Repräsentanten gestat-

für sich, die dadurch bezweckte Wirkung zu begründen, und es war dann nutzlos, an eine Vervollkommnung des Aktes durch eine hinzutretende auctoritatis interpositio zu denken.

Darum finden wir im Allgemeinen in unseren Rechtsquellen, wenn von der auctoritatis interpositio die Rede ist, dabei die Voraussetzung, daß der Pupill das handelnde Subjekt sei.

Denken wir uns aber einen Fall, wo neben der Handlung des Stellvertreters noch eine besondere Thätigkeit des Pupillen erforderlich war, so ist gar kein Grund vorhanden, die auctoritas des Vormundes hier auszuschließen.

Gerade ein solcher Fall lag beim Besitzerwerbe der Kinder durch Stellvertreter vor; denn das Kind mußte als Erwerber des Besitzes den animus possidendi haben und konnte diesen Willensakt nicht durch eigene Seelenthätigkeit zu Stande bringen; es war also hier neben der Stellvertretung eine auctoritatis interpositio durchaus nicht überflüssig. Demnach erklärte der Vormund, während ein Anderer oder er selbst die Apprehension vornahm, oder nachdem dieses geschehen, daß er sein Vollwort für den Pupillen einlege, daß er dem Pupillen auctor sei zum Besitzerwerbe, und diese Erklärung bewirkte, daß der Wille des Vormundes, für den Pupillen Besitz zu erwerben, als ein Ersatzmittel für den diesem mangelnden animus possidendi angesehen wurde [17].

Nun bleibt von den aus der Natur der auctoritatis interpositio zu beantwortenden Fragen noch die dritte übrig;

tet. §. 5. J. per quas pers. nob. acq. fr. 11. §. 6. D. pignerat. XIII. 7. fr. 13. §. 1. fr. 53. D. adq. dom. XLI. 1. c. 1. C. per quas person. nobis acq. IV. 27. Außerdem wurden nebst gewissen, durch Theodos und Valentinian beim Erbschaftserwerbe eingeführten Erleichterungen, in verschiedenen Fällen durch den Prätor mittelst actiones utiles den Erwerbhandlungen eines Stellvertreters Wirksamkeit für den Repräsentirten verleiht.

17) Die Regel nemo in rem suam auctor esse potest, da sie nur den Sinn hat, daß der Vormund nicht mittelst der auctoritatis interpositio ein Gchäft mit sich selbst abschließen darf.

nämlich, ob bei dem Besitzerwerbe tutore auctore auch ein faktisch willenloses Kind die Apprehension vornehmen könne?

Allerdings ist nicht anzunehmen, daß die Römer in irgend einer Beziehung die unbewußte, mechanische Bewegung eines nicht bloß juristischer Norm nach, sondern nach der faktischen Wirklichkeit willenlosen Kindes für eine mit Rechtswirkungen versehene Handlung betrachtet hätten. Beim Besitzerwerbe ist das Faktum der Apprehension zwar von der Art, daß sehr häufig ganz kleine Kinder es werden vornehmen können; allein auch hier ist der Fall denkbar, wo das Kind so wenig entwickelt ist, daß man ihm nicht einmal jenen Willen zuschreiben kann, der zur Vornahme einer auf eigene Spontaneität gegründeten Handlung nothwendig ist.

In einem solchen Fall muß die auctoritatis interpositio undenkbar gewesen sein, wenn nur das Kind als apprehendirendes Subjekt in Betracht gekommen wäre. Allein es war nicht wohl denkbar, daß ein willenloses Kind das äußere Faktum der Apprehension vorstelle, ohne daß dabei der Vormund oder dritte Personen mitwirkten, ihm zuredeten, befahlen, sogar ihm die Hände führten. Man konnte also ohne Anstand annehmen, daß diese Personen als Stellvertreter des Kindes die Apprehension vornähmen und auf diese Weise mit Hilfe der den animus possidendi supplirenden auctoritas tutoris einen Besitzerwerb des Kindes zu Stande brächten. Daß die Stellvertreter dabei des Kindes als eines willenlosen Werkzeuges sich bedienten, änderte Nichts am Wesen der Sache.

Freilich ist nicht wahrscheinlich, daß eine Herabwürdigung des Aktes der auctoritatis interpositio durch solche Spielereien häufig vorgekommen sei [18]), um so weniger wahrscheinlich, als die Möglichkeit einer einfachen Stellvertretung des Kindes mit Hilfe der auctoritatis interpositio dieses ganze

18) Dies ist vielleicht der Grund, warum im fr. 32. D. adq poss. so wenig Rücksicht auf diesen Fall genommen ist, während von dem Fall einer Stellvertretung speziell gehandelt wird.

Schauspiel überflüssig machte; allein es ist doch praktisch wichtig, zu wissen, daß es auf die intellektuelle Entwicklung des Kindes selbst dann nicht anzukommen hatte, wenn das Kind die Apprehension selbst vornahm.

Fasse ich nun die Sätze, welche sich aus den Worten des fr. 32. D. adq. am. possess., und die, welche aus der Natur der auctoritatis interpositio sich ableiten lassen, zusammen, so ergeben sich folgende Endresultate:

1) Die auctoritas tutoris kann dazu dienen, den mangelnden animus possidendi zu ersetzen;
2) eine solche Anwendung der auctoritas tutoris kann sowohl dann vorkommen, wenn der Pupill die Apprehension der Sache selbst vornimmt, als wenn dies durch einen Dritten oder den Vormund selbst als Stellvertreter geschieht;
3) als eine Besitzergreifung durch Stellvertreter gilt es namentlich, wenn ein willenloses Kind durch den Vormund oder einen Anderen dazu gebracht wird, den äußeren Akt der Apprehension ohne Bewußtsein vorzunehmen.

Nunmehr wird es leicht sein, das Verhältniß dieser Ergebnisse zu den bisherigen Ansichten über unsere Frage zu bestimmen.

Nach Savigny (Besitz l. c.) kann auch das willenlose Kind mit Hilfe der auctoritas tutoris Besitz erwerben, indem man die vom Kinde vorgenommene Apprehension so betrachten kann, als ob der Vormund im Namen des Kindes Besitz ergriffen habe[19]. Er erkennt also indirekt an, daß eine auctoritatis interpositio in solchen Fällen, wo der Vormund die Apprehension als Stellvertreter des Kindes vornimmt, vorkommen könne.

Gerade dasselbe muß Savigny konsequenter Weise für den Fall zugeben, wenn etwa ein Dritter die Thätigkeit des Kindes bestimmt hat, und ich glaube mich daher zu dem

19) Arg. fr. 1. §. 21. D. possess.

ermuthigenden Gedanken berechtigt, daß ich in der Hauptsache nur dem Wege gefolgt bin, den er bereits gewiesen hat.

Nicht so leicht ist es mir, meine Ueberzeugung mit der Ansicht, welche Puchta (im rhein. Mus. l. c.) vertheidigt, zu vereinigen.

Hauptsächlich muß ich ihm widersprechen hinsichtlich der Art und Weise, wie er sich die Ergänzung der Mängel der natürlichen Handlungsfähigkeit denkt, und sodann hinsichtlich des Grades der Verstandesentwicklung, welche er beim Kinde voraussetzt.

Die Ergänzung der natürlichen Handlungsfähigkeit, sagt Puchta, müsse eine natürliche sein, sowie jene der juristischen eine juristische ist. Man müsse sich also die auctoritas tutoris als eine Weisung, einen Befehl vorstellen, durch welchen der Wille des Kindes thatsächlich zum Behalten der Sache bestimmt wird. Dies werde denn auch in fr. 32. D. adq. am. poss. durch die Worte judicium infantis suppletur auctoritate tutoris ausgedrückt.

Diese Argumentation Puchta's scheint mir von einer unrichtigen Prämisse auszugehen. Sieht man nur auf das thatsächlich Bestehende, so kann allerdings eine natürliche Handlungsunfähigkeit nur durch natürliche Ersatzmittel gehoben werden.

Allein bei einer rechtlich zu beurtheilenden Thatsache, wie der Besitz, ist man nicht so streng an die Wirklichkeit gebunden, sonst könnte hier von der Ausschließung des Besitzes bei res extra commercium, von dem Erwerbe durch Stellvertreter und ähnlichen rechtlichen Modifikationen der thatsächlichen Verhältnisse keine Rede sein.

Ferner darf in Bezug auf die Art und Weise, wie nach Puchta die auct. interp. vorgenommen wird, nicht übersehen werden, daß, wenn es nur auf Belehrung, Anleitung des Kindes, mit einem Worte auf faktische Erweckung seiner Geistesanlagen anzukommen hätte, dies Geschäft keineswegs eines Vormundes bedürfte, sondern zuletzt von jedem andern erwachsenen Menschen vorgenommen werden könnte.

Endlich ist Belehrung, Anweisung, Erweckung der Geisteskräfte keineswegs Dasjenige, was durch Ausdrücke wie suppletur judicium infantis auctoritate tutoris zunächst und eigentlich bezeichnet wird, sondern supplere bezeichnet gerade ein Ersetzen durch ein von Außen hinzutretendes Surrogat.

Puchta hat also wohl nicht Recht, anzunehmen, daß die auctoritas tutoris beim Besitzerwerb der Kinder bloß darin bestanden habe, die Willenskraft des Kindes zu bestimmen und zu leiten, wiewohl nicht geleugnet werden kann, daß eine solche Thätigkeit mit diesem Akt gleichsam als naturale negotii, so oft die Umstände es mit sich brachten, verbunden sein konnte.

Hinsichtlich der Verstandesentwicklung des Kindes unterscheidet Puchta solche Kinder, welche noch gar keinen Willen haben, und solche, welchen nur der feste, auf ein dauerndes Verhältniß, auf ein Behalten der Sache gerichtete Wille, wie er zum Besitzerwerb gehört, fehlt. Nur die Letzteren, also die Willensfähigen, sollen mit Hilfe des Vormundes Besitz erwerben können. Diese Ansicht würde an und für sich richtig sein, wenn die auctoritatis interpositio stets eine Handlung des Kindes voraussetzen würde; allein sie fällt von selbst zusammen, wenn der oben versuchte Beweis der Möglichkeit einer Verbindung der auctoritatis interpositio mit der Stellvertretung gelungen ist.

(Schluß im nächsten Heft.)

VIII.

Ueber die Reformfrage.

Von

Herrn **L. W. Fischer,**

Obergerichtsanwalt in Birkenfeld.

(Schluß des Aufsatzes Nr. II. im vorigen Heft.)

§. 11. Aus dem Vorgetragenen dürfte folgen, daß eine Reform der Gerichtsanstalt das Mittel und die Bedin-